

La constatation des infractions et la recherche des preuves

L'article 14 alinéa premier du CPP dispose que la PJ est chargée de constater les infractions à la loi pénale, d'en rechercher les preuves et les auteurs, tant qu'une information n'est pas ouverte.

Section 1- LA CONSTATATION DES INFRACTIONS

§1. Les informations portée à la connaissance de la police : plainte et dénonciation

Plainte : Acte par lequel une personne lésée par une infraction porte celle-ci à la connaissance du procureur de la république directement ou par le biais d'une autorité de police.

Dénonciation : Acte par lequel un citoyen signale aux autorités policières, administratives ou judiciaires une infraction commise, dont il n'est pas la victime.

§2. Les procès verbaux de la police

Le pouvoir de constater les infractions par PV appartient aux OPJ et aux APJ supérieurs. Les APJ inférieurs ne peuvent le faire, ils ne peuvent qu'émettre un rapport à leurs supérieurs. Une exception tout de même : pour les infractions du code de la route.

Le procès verbal doit respecter des formes, écrit, date, signature de l'agent et indication du nom de l'auteur du procès.

Les procès doivent être transmis rapidement au procureur de la république. La cour de cassation admet que les PV de police qui constate une infraction interrompent la prescription de l'action publique.

Quelle est la force probante des PV constatant une infraction ?

En principe, l'article 430 du CPP, dispose que les PV de police n'ont pas plus de force probante que n'importe quel autre élément (témoignage de la personne visée par ex ...). Ils ne valent que comme simples renseignements. Ils peuvent donc être niés par la personne concernée.

Toutefois, il existe une exception. En effet, c'est le cas où le PV entraîne un renversement de la charge de la preuve, en d'autres termes, le PV fait foi jusqu'à preuve du contraire.

En matière de contravention, la preuve doit être faite par écrit ou par témoin.

Toutefois, la JP essaie de temps en temps d'être plus libérale :

Ex : *Chambre criminelle du 26 octobre 2005*

Une personne handicapée avait été exonérée d'une taxe de stationnement, refuse de payer un PV. La personne ne conteste pas les énonciations, elle veut juste prouver qu'elle est exonérée. La cour de cassation dit que la preuve pour des éléments complémentaires peut être faite par tous moyens.

Autre exception aussi en matière de délits spéciaux, en matière de police des chemins de fer ou de législation du travail.

Certains PV font foi jusqu'à inscription de faux en matière de fraude douanière ou en matière de délit de pêche.

La constatation d'une infraction ne peut pas être toujours immédiate souvent, elle nécessite une enquête qui permet de rechercher des éléments de preuve.

Section 2- LA RECHERCHE DES PREUVES

Elle se fait à travers les enquêtes de police qui sont de deux types :

- l'enquête de flagrance
- l'enquête préliminaire

Dans un cas comme dans l'autre, les policiers ont toujours une obligation de loyauté dans la recherche des preuves.

Ex : un témoignage pris à l'insu d'une personne avec un dictaphone, il y a lieu à annulation des preuves pour vice de procédure et parce que cela compromet les droits de la défense.

Il se pose le respect des garanties individuelles. Lorsque la police recherche des indices qui proviennent de personne, cette recherche si elle n'est pas réglementée peut porter atteinte à la garantie d'aller et venir et à l'intégrité corporelle.

En ce qui concerne la recherche d'indices matériels, elle peut aussi conduire à une atteinte à la vie privée.

§1. Les cadres d'enquête

1) L'enquête sur infraction flagrante

Caractériser la flagrance avant d'enquêter.

« enquête sur infraction flagrante », « enquête de flagrance » : ces expressions peuvent être indifféremment utilisées, encore que la première soit la plus exacte. Elle traduit bien le raisonnement à mener pour articuler à la fois l'infraction flagrante et les pouvoirs d'enquête de flagrance car le caractère de l'infraction et les pouvoirs de l'OPJ sont en cette hypothèse intimement liés.

Enquêtant « sur » une infraction, la police judiciaire doit d'abord en caractériser la flagrance. Autrement dit, ce ne sont pas les pouvoirs d'enquête de flagrance qui doivent permettre à la police judiciaire de révéler la flagrance mais la situation de flagrance qui autorise la police judiciaire à recourir à l'utilisation de ces pouvoirs d'enquête. Par exemple, la perquisition ne doit pas être utilisée pour découvrir une infraction flagrante mais pour enquêter sur une infraction dont on connaît déjà l'existence puisque la flagrance l'a révélée. L'enjeu est d'importance. Les pouvoirs de l'enquête de flagrance se distinguent normalement de ceux des autres enquêtes par leur caractère plus coercitif, ce qui est justifié. L'infraction étant flagrante, le trouble à l'ordre public est pendant (toujours en cours) et il ne faut pas gâcher l'opportunité de réunir des preuves qui peuvent encore exister.

a) Le domaine d'application de l'enquête

Crimes et délits punis d'une peine d'emprisonnement

Article 53 et 67 du CPP : pas d'enquête sur infraction flagrante pour une contravention ou pour un délit puni d'une simple peine d'amende.

En cas de contestation sur la nature de l'infraction, le juge s'en rapporte à l'appréciation vraisemblable qui pouvait en être faite au moment de l'intervention policière. Dans cette limite, il importe donc peu pour la validité des poursuites que l'infraction soit ultérieurement contestée dans son existence, voire qualifiée de contravention par la juridiction d'instruction ou de jugement.

b) Définition de la flagrance

De trois à deux cas de flagrance.

Jusqu'à la loi du 23 juin 1999, l'article 53 du CPP envisageait trois cas de flagrance : l'infraction flagrante au sens strict, l'infraction réputée flagrante et l'infraction assimilée à une infraction flagrante. Ce dernier cas de figure qui visait l'infraction commise dans « une

maison dont le chef [requérait] le procureur de la république ou un OPJ de [la] constater », a été supprimé par la loi du 23 juin 1999. Il ne reste donc à présent que deux cas de flagrance.

Infraction flagrante au sens strict

C'est celle qui « se commet actuellement » ou qui « vient de se commettre ». l'article 53 du CPP ne retient que le critère temporel de l'actualité ou de la quasi-actualité de la commission de l'infraction, mais reste formellement muet sur le critère matériel, tangible, visuel, de la commission d'une infraction. Dans ces conditions, comment admettre la situation de « flagrance » d'une infraction clandestine qui n'éclate pas au grand jour ? la connaissance intuitive que le policier a de la commission de l'infraction suffit-elle à caractériser la flagrance ? ce n'est pas le cas. La JP ajoute au critère temporel et légal de l'actualité de la flagrance une condition matérielle : « l'indice apparent d'un comportement délictueux ». L'indice apparent d'un comportement délictueux doit parfois être « relevé », comme la fuite d'un individu à la vue de la police ou la forte odeur de résine de cannabis ressentie lors d'un contrôle routier opéré en application de l'article L4 du code de la route, devenu les articles L 233-1 et L 233-2 dudit code.

La simple « connaissance » d'un indice apparent d'un comportement délictueux suffit parfois. Il en va ainsi en cas de plainte non anonyme de la victime, voire de son simple avis avant enregistrement de sa plainte ou de la déclaration d'un coauteur recueillie par PV.

La chambre criminelle s'est même récemment contentée de l'existence d'agissement délictueux (crim 1^{er} octobre 2003).

Cette flagrance peut éclater alors que l'officier de police judiciaire agit initialement en enquête préliminaire ou effectue des recherches sur une autre infraction, en exécution d'une commission rogatoire, au cours d'une perquisition par exemple.

Infraction réputée flagrante

Une infraction est réputée flagrante lorsque « dans un temps très voisin de l'action », une personne est soit « poursuivie par la clameur publique », soit « trouvée en possession d'objets, ou présente des traces et indices laissant penser qu'elle a participé à l'infraction ». La clameur publique peut être par exemple, l'exclamation « au voleur ! au voleur ! ». Elle exclut en tout cas la simple rumeur. On remarque ici que le critère temporel de la commission de l'infraction étant moins précis que pour l'infraction flagrante au sens strict, le législateur a introduit une condition matérielle ou, à tout le moins, visuelle.

c) La durée de l'enquête

Régime anciennement jurisprudentiel

Jusqu'à la loi du 23 juin 1999, l'article 53 du CPP ne précisait pas la durée de l'enquête de flagrance. La JP était venue combler cette lacune : elle ne fixait pas de limite dans le temps mais subordonnait la validité de la procédure à la condition que les actes d'enquête se soient succédés avec continuité.

Loi du 23 juin 1999 et délai de 8 jours sans discontinuer

Celle ci a apporté un peu plus de certitude en la matière. Le nouvel article 53 alinéa 2 du CPP dispose désormais que « l'enquête de flagrance menée à la suite de la constatation d'un crime ou d'un délit flagrant ne peut se poursuivre pendant plus de huit jours ».

Le point de départ de ce délai est douteux . Est ce le jour du commencement de l'enquête, par exemple le jour de la plainte de la victime ? cela est possible, l'article 53 alinéa 2 énonçant en substance que « l'enquête de flagrance (...) ne peut se poursuivre pendant plus de huit jours ». est ce le jour de la constatation du crime ou du délit ? l'argument semble également recevable

puisque l'article 53 alinéa 2 évoque l'enquête de flagrance « menée à la suite de la constatation ». en tout état de cause, ce point de départ ne saurait être le jour de commission de l'infraction, celle-ci n'étant en effet pas forcément constatée le jour même. Cependant, la caractérisation de la flagrance implique un court délai entre la commission des faits et l'intervention policière. Par ailleurs, et déjà sous l'empire de la loi du 23 juin 1999, l'emploi de la préposition « pendant » laissait supposer que l'exécution des actes d'enquête devait présenter un caractère de continuité. La loi du 9 mars 2004 a rappelé cette exigence, cette jurisprudentielle. L'article 53 alinéa 2 du CPP précise nettement que cette enquête « peut se poursuivre sans discontinuer pendant une durée de 8 jours ».

Loi du 9 mars 2004 et délai supplémentaire de huit jours

Aux termes de l'article 53 alinéa 3 nouveau du CPP, lorsque des investigations nécessaires à la manifestation de la vérité pour un crime ou un délit puni d'une peine d'emprisonnement supérieure ou égale à 5 ans ne peuvent être différées, le procureur de la république peut décider la prolongation de l'enquête pour une durée maximale de huit jours. Dans cette hypothèse, une enquête sur infraction flagrante peut donc durer jusqu'à 16 jours. Gageons que des affaires, antérieurement portées à la connaissance du juge d'instruction au bout de huit jours d'enquête, ne connaîtront plus cet honneur procédural, ou alors que leur mise en état sera pour l'essentiel déjà concrètement achevée.

Au delà de la durée de validité de l'enquête de flagrance, la mise en état de l'affaire se poursuivra soit en enquête préliminaire, soit dans le cadre d'une instruction.

d) La direction de l'enquête

Principe : la direction par l'OPJ

Exception maintenue : la direction par le procureur de la république

Exception supprimée : la direction par le juge d'instruction

2) L'enquête préliminaire

a) La notion

Enquête qui se définit par défaut.

C'est l'enquête que peut mener un OPJ quand les conditions de la flagrance ne sont pas réunies. Elle peut être faite d'office par un OPJ ou à la demande du procureur de la république. Elle présente un double intérêt :

- d'une part, les éléments recueillis au cours de cette enquête peuvent éclairer le procureur sur l'opportunité de poursuivre l'infraction.
- D'autre part, elle peut permettre à l'OPJ de déboucher sur une enquête sur infraction flagrante si, au cours de l'enquête préliminaire, un indice apparent d'un comportement délictueux apparaît.

Enquête « officieuse » sous l'empire du code de l'instruction criminelle

Sous l'empire du code d'instruction criminelle, la légalité de l'enquête préliminaire était contestée, pour la simple raison que ce code ne la prévoyait pas expressément et que seule la pratique l'avait envisagée. On parlait alors d'enquête « officieuse ». la CPP a pallié cette lacune en la légalisant aux articles 75 à 78.

Enquête normalement moins coercitive que l'enquête de flagrance

Le trait caractéristique de cette enquête par rapport à l'enquête sur infraction flagrante est de ne pas mettre à la disposition des OPJ de pouvoirs coercitifs. Cette particularité qui, sous l'empire du code de l'instruction criminelle, avait exempté l'enquête « officieuse » de tout reproche d'illégalité, est cependant de moins en moins vraie.

b) Le contrôle de l'enquête préliminaire

Renforcement du contrôle à partir de la loi du 15 juin 2000

La loi du 15 juin 2000 a introduit des dispositions nouvelles tendant à renforcer le contrôle, par le procureur de la république, et par le juge des libertés et de la détention, de l'enquête préliminaire quant à sa durée et quant à sa direction effective par le procureur de la république.

Enquête préliminaire au détriment de l'instruction

L'intérêt de la réforme est d'éviter certains détournements de procédure qui consisteraient, pour la police judiciaire, à utiliser le cadre de l'enquête préliminaire, lequel offre des pouvoirs de plus en plus coercitifs, dans le but d'éviter de faire déclencher (ou de faire déclencher trop tôt) une instruction.

Contrôle de l'enquête préliminaire par le procureur de la république

Celui-ci procède de son pouvoir général de direction de la police judiciaire. Ce pouvoir de contrôle est par ailleurs précisé en matière d'enquête préliminaire.

L'article 75-1 nouveau du CPP distingue selon le cas ou :

- l'enquête est diligentée sur ordre du procureur de la république. Dans cette hypothèse, le procureur de la république peut fixer le délai dans lequel cette enquête doit être effectuée, ce délai pouvant être prorogé. La circulaire d'application du 4 décembre 2000 préconise que les délais d'enquête fixés en application de l'article 75-1 du CPP soient de 6 mois
- l'enquête est menée d'office par un officier de police judiciaire. Dans ce cas, il doit rendre compte au procureur de la république de son état d'avancement lorsqu'elle est commencée depuis plus de six mois.

Que l'enquête préliminaire soit effectuée sur ordre du procureur de la république ou d'office par un OPJ, ce dernier doit aviser le procureur république dès qu'une personne à l'encontre de laquelle existent des indices faisant présumer qu'elle a commis ou tenté de commettre l'infraction est identifiée.

Contrôle de la durée de l'enquête préliminaire par le procureur de la république

S'agissant du contrôle de la durée de l'enquête par le procureur de la république, l'article 77-2 du CPP dispose que toute personne placée en garde à vue au cours d'une enquête et qui, à l'expiration d'un délai de 6 mois à compter de la fin de la garde à vue, n'a pas fait l'objet de poursuites, peut, par lettre recommandée avec accusé de réception, interroger le procureur de la république dans le ressort duquel la garde à vue s'est déroulée sur la suite donnée ou susceptible d'être donnée à la procédure.

Abrogation du dispositif de contrôle de la durée de l'enquête préliminaire par le juge des libertés et de la détention

La loi « présomption d'innocence » du 15 juin 2000 instituait une procédure, certes lourde, de contrôle de la durée de l'enquête par le juge des libertés et de la détention. L'article 34-1 de la loi du 9 septembre 2002 a supprimé ce dispositif.

3) Les autres enquêtes (non traité)

a) *l'enquête de mort suspecte*

Découverte d'un cadavre et cause du décès inconnue ou suspecte

Ouverture possible d'une instruction pour « rechercher des causes de la mort »

b) *Enquête de recherche d'une personne disparue*

c) *Procédure de recherche d'une personne en fuite*

§2. Les indices provenant des objets

L'OPJ doit se présenter sur les lieux, c'est obligatoire lors d'une infraction flagrante. L'OPJ doit prendre toutes les mesures pour éviter la disparition des indices. Souvent les indices sont aussi à rechercher dans des lieux privés ou auprès de personnes privées.

Lorsqu'il s'agit d'obtenir des documents auprès d'une personne privée, il s'agit de réquisition.

Lorsqu'il s'agit d'un objet on parle de perquisition.

Les réquisitions sont une nouvelle possibilité offerte aux OPJ par les art. 60-1 et 77-1 CPP.

En cas de flagrance, l'OPJ peut demander à toute personne susceptible de détenir des documents intéressant l'enquête de leur remettre ces documents.

Si c'est en enquête préliminaire les réquisitions ne peuvent être faites qu'avec l'autorisation du procureur alors que pour l'enquête de flagrant délit il n'y a aucune règle.

La perquisition dans des domiciles privés peut se faire chez les personnes suspectées mais également chez celles qui ne le sont pas, mais qui pourraient détenir des objets.

Depuis peu de temps la perquisition des véhicules circulant ou stationnant sur la voie publique est possible lorsqu'il y a des raisons plausibles de soupçonner la commission d'une infraction ou sur réquisition du procureur. Uniquement pour trafic de stupéfiant, recel, terrorisme...

Dans le cadre d'un contrôle administratif d'identité, il peut y avoir perquisition du véhicule avec l'autorisation de la personne. En cas de refus de la personne l'OPJ peut l'immobiliser 30 minutes pour demander l'autorisation du procureur.

A) Les réquisitions judiciaires

Réquisitions auprès de toute personne, de tout établissement ou organisme privé ou public ou de toute administration publique

Les articles 60-1 du CPP pour l'enquête sur infraction flagrante et 77-1-1 pour l'enquête préliminaire donnent à l'OPJ le droit de procéder à des réquisitions auprès de toute personne, de tout établissement ou organisme privé ou public ou de toute administration publique (organismes sociaux, fiscaux ou bancaires notamment). Ces personnes ne peuvent pas opposer le secret professionnel pour refuser de remettre les documents requis sauf motif légitime. Le fait de s'abstenir de répondre dans les meilleurs délais à ces réquisitions est un délit puni de 3750 euros d'amende.

Plus précisément, si l'OPJ peut agir d'office en enquête sur infraction flagrante, les réquisitions doivent formellement être prises soit par le procureur de la République, soit, sur autorisation de celui-ci par l'officier de police judiciaire, en enquête préliminaire.

Avocats, médecins, huissiers, journalistes, notaires

Lorsque ces réquisitions concernent des professionnels des articles 56-1 à 56-3 du CPP, la remise des documents requis suppose leur accord. S'ils refusent, ils ne commettent pas

l'infraction de s'abstenir de répondre dans les meilleurs délais à des réquisitions judiciaires. S'ils acceptent, ils trouvent dans leur accord un fait justificatif de la commission de violation du secret professionnel.

Ces professionnels ont donc le choix, en conscience, d'accepter ou de refuser de répondre à des réquisitions judiciaires. S'ils refusent, ils s'exposent, le cas échéant à une perquisition, laquelle aura lieu sans leur consentement dans le cadre d'une enquête sur infraction flagrantes et avec leur consentement dans le cadre d'une enquête préliminaire, sauf à entrer dans les prévisions des dispositions nouvelles de l'article 76 du CPP qui permettent, en cas de nécessité, de passer outre cet assentiment avec l'accord du juge des libertés et de la direction pour les infractions punies d'au moins cinq ans d'emprisonnement.

Dispositions spécifiques pour les réquisitions informatiques

Les réquisitions informatiques, destinées à mettre directement à la disposition des enquêteurs des informations contenues dans le ou les systèmes informatiques ou de traitements de données nominatives que les organismes publics ou les personnes morales de droit privé administrent, relèvent des dispositions particulières des articles 60-2 et 77-1-2 du CPP. Un décret d'application pris après avis de la commission nationale de l'informatique et des libertés doit être pris.

B) Les perquisitions

1) les principes généraux

Notion de visite domiciliaire, perquisition et saisie

Ces trois notions doivent être précisées. La visite domiciliaire est le droit, pour un OPJ, de pénétrer au domicile d'un citoyen, de s'y imposer. La perquisition est le droit d'y rechercher les éléments de preuve de la commission d'une infraction. La saisie est le droit de placer sous main de justice des objets et des documents, d'en dresser l'inventaire et d'y apposer un sceau muni d'une étiquette (la scelle). Seul un OPJ peut décider d'entreprendre une visite domiciliaire, une perquisition ou une saisie, que ce soit en enquête sur infraction flagrante ou en enquête préliminaire.

Garanties commandées par le principe d'inviolabilité du domicile

Ces pouvoirs d'enquête sont nécessairement entourés de garanties. Ils doivent en effet être conciliés avec le principe d'inviolabilité du domicile qui est une norme de rang constitutionnel (depuis 1983) et conventionnel (art 8 CEDH). Reste à définir ce qu'est le « domicile » et exposer les garanties de protection de la vie privée et du secret professionnel qui doivent contrebalancer ces intrusions dans l'intimité des personnes contrôlées.

Sans l'assentiment de la personne chez laquelle la perquisition a lieu en enquête de flagrance, en principe avec son assentiment exprès en enquête préliminaire.

Le propre de l'enquête de flagrance est d'être coercitive. La perquisition peut donc s'opérer sans l'assentiment de la personne chez laquelle elle a lieu.

En revanche le propre de l'enquête préliminaire est plutôt de ne pas être coercitive. A cet égard, le droit des perquisitions en enquête préliminaire présente deux garanties :

- en premier lieu, la perquisition ne peut avoir lieu qu'avec « l'assentiment exprès de la personne chez laquelle elle a lieu ».
- en second lieu, cet assentiment « doit faire l'objet d'une déclaration écrite de la main de l'intéressé ».

L'article C137 de la circulaire d'application du CPP préconise un assentiment dont la rédaction est « sachant que je puis m'opposer à la visite de mon domicile, je consens expressément à ce que vous y opérerez les perquisitions et saisies que vous jugerez utiles à l'enquête en cours ».

La chambre criminelle de la cour de cassation a cependant développé une JP contra legem. Dans son arrêt du 28 janvier 1987, elle a admis que les mentions manuscrites des nom, prénoms, domicile, date, heure, « lu et approuvé » et signature apposées sur un formulaire préétabli et reproduisant la phrase de l'article C137 étaient suffisantes. La personne au domicile de laquelle une perquisition est menée dans le cadre d'une enquête préliminaire est donc moins bien protégée que le particulier auquel le code de la consommation fait recopier de sa main propre des phrases de mentions infirmatives dont le défaut est sanctionnée par la nullité du contrat.

La loi du 15 novembre 2001 relative à la sécurité quotidienne, dans ses dispositions renforçant la lutte contre le terrorisme permet au procureur de la république de requérir du juge des libertés et de la détention d'autoriser les OPJ, par décision écrite et motivée, à procéder à des visites domiciliaires, perquisitions et saisies sans l'assentiment de la personne chez laquelle elles ont lieu. Ce pouvoir d'enquête exorbitant du droit commun n'est possible que dans les domaines des infractions en matière d'armes et explosifs et des crimes et délits en matière de stupéfiants. L'autorisation du juge peut aller jusqu'à la réalisation de ces opérations en dehors des heures légales de perquisition lorsqu'elles ne concernent pas des locaux d'habitation. Bien sur, le fait que ces opérations révèlent des infractions autres que celles visées dans la décision du juge ne constitue pas une cause de nullité des procédures incidentes.

Plus largement, l'article 14 de la loi du 9 mars 2004 prévoit que le juge des libertés et de la détention peut, à la requête du procureur de la république décider, par une, décision écrite et motivée, que les visites domiciliaires, perquisitions et saisies seront effectuées sans l'assentiment de la personne chez qui la perquisition a lieu. Cette mesure est entourée des garanties suivantes : domaine restreint aux enquêtes relatives à un crime ou à un délit puni d'une peine d'emprisonnement d'une durée égale ou supérieure à 5 ans, décision du juge motivée par des éléments de fait justifiant la nécessité de la perquisition, contrôle du juge. Reste que les procédures incidentes éventuelles seront valables...

Rétention des personnes présentes lors de la perquisition possible

Aux termes de l'article 56 dernier alinéa nouveau du CPP, les personnes présentes lors de la perquisition et susceptibles de fournir des renseignements sur les objets, documents et données informatiques saisis peuvent être retenues sur place par l'officier de police judiciaire le temps strictement nécessaire à l'accomplissement de la perquisition et de la saisie. Cette disposition relève du bon sens. Au plan juridique, elle présente le mérite de constituer le titre juridique de la privation de liberté des personnes.

En principe aucune perquisition ne peut être faite entre 21h et 6h du matin.

Exception, la police peut pénétrer de nuit dans les lieux de parades clandestines ou des lieux où l'on use en société de stupéfiant.

Lorsqu'il s'agit de criminalité organisée la police a plus de pouvoir. Elle peut en effet si elle agit en flagrance pénétrer de nuit dans des lieux d'habitation avec l'autorisation d'un magistrat du siège, du juge des libertés et de la détention.

S'il ne s'agit que d'une enquête préliminaire il peut y avoir des perquisitions de nuit dans des lieux privés qui ne sont pas les lieux d'habitations (dépendance : ex= garage, jardin...), toujours avec requête du procureur.

En ce qui concerne les formalités à respecter : PV doit être dressé, le titulaire doit être là ou un des représentants de son choix. La présence de deux parents ou alliés est requise ; à défaut de choix deux personnes seront choisies librement par les enquêteurs.

2) La notion de domicile

a) *qu'est ce que le domicile ?*

□ l'autonomie de la notion de domicile

Lieu où une personne a le droit de se dire chez elle.

Le domicile ne doit pas être pris dans son acception de droit civil. Le droit pénal a forgé une sorte de théorie générale du domicile, commune au délit de violation de domicile et au droit des perquisitions. Le terme de domicile « ne signifie pas seulement le lieu où une personne a son principal établissement mais encore le lieu où, qu'elle y habite ou non, elle a le droit de se dire chez elle, quels que soient le titre juridique de son occupation et l'affectation donnée aux locaux. Sont donc des « domiciles » les appartements, maisons individuelles, tentes, caravanes, chambres d'hôtel, bureaux Qu'ils soient résidences principales ou secondaires, effectivement occupés ou non lorsque la police judiciaire y perquisitionne. En revanche, un casier de consigne de gare un atelier artisanal ou industriel ou un local réservé à la vente ne peuvent être considérés comme tels.

□ l'assimilation de la fouille corporelle à la perquisition

Garanties découlant de cette assimilation

L'assimilation de la fouille corporelle à une perquisition est d'origine jurisprudentielle. Sans être absolue, elle suffit cependant à offrir des garanties essentielles aux personnes faisant l'objet de fouilles corporelles :

- la fouille n'est possible qu'une fois qu'une situation de flagrance a été caractérisée
- seul un OPJ peut décider d'y recourir
- enfin, l'agent qui pratique la fouille doit être du même sexe que la personne

Cependant, les heures légales de perquisition ne s'appliquent pas aux fouilles corporelles. Ces fouilles corporelles doivent être distinguées de notions voisines : palpation de sécurité, fouille au corps de sécurité et fouille in corpore.

□ l'exclusion de l'ouverture du coffre d'un véhicule de la qualification de domicile

Ouverture du coffre d'un véhicule et « contrôle de situation » du code de la route

L'exclusion de l'ouverture du coffre d'un véhicule des garanties des perquisitions est le résultat d'un arrêt de la chambre criminelle de la cour de cassation du 8 novembre 1979, rendu dans un contexte bien particulier. Suite à l'enlèvement du Baron Empain ; la police avait érigé des barrages routiers qui lui permettaient de procéder à l'ouverture systématique des coffres de véhicules. Trignol s'y refusa, arguant du fait que ces ouvertures 'étaient pas opérées dans les formes des perquisitions. La cour de cassation refusa de qualifier l'ouverture du coffre de véhicule de perquisition, le refus du conducteur de s'y soumettre s'analysant par ailleurs comme un délit de refus « de se soumettre à toutes vérifications prescrites concernant son véhicule ou sa personne » par un agent de police prévu par l'article L4 du code de la route relatif au contrôle de situation, devenu l'article L233-2 du nouveau code de la route.

b) Le domicile de qui ?

Pas nécessairement le domicile du suspect

L'article 56 du CPP prévoit que la perquisition peut être faite au domicile des « personnes qui paraissent avoir participé au crime ou détenir des pièces ou objets relatifs aux faits incriminés ». Autrement dit, la perquisition n'a pas nécessairement lieu au domicile du ou d'un suspect.

3) La protection de l'intimité de la vie privée et du secret professionnel

a) Mécanismes généraux de protection de l'intimité de la vie privée

- ☐ les heures légales de perquisition

Perquisitions en principe diurnes

En principe les perquisitions ne peuvent pas être nocturnes. C'est pourquoi, elles ne peuvent être commencées avant 6h du matin et après 21h le soir, mais rien n'interdit que, commencée avant 21h, une perquisition se poursuive dans la nuit...

Perquisitions nocturnes par exception

Ce principe donc, souffre de nombreuses exceptions qui permettent de perquisitionner à toute heure du jour et de la nuit.

La première est hypothèse de la réclamation faite de l'intérieur de la maison (par exemple, l'appel au secours d'une victime)

La deuxième renvoie aux dispositions d'un décret (jamais abrogé) du 19 juillet 1791 qui visent les lieux où tout le monde est admis indistinctement (les cafés, cabarets et autres établissements) ainsi que ceux où l'on organise habituellement des jeux de hasard.

La troisième concerne le proxénétisme dans le cadre d'une enquête préliminaire.

- ☐ les autres mécanismes

Présence de la personne au domicile de laquelle la perquisition a lieu.

En principe, la personne au domicile de laquelle la perquisition a lieu doit être présente. En cas d'impossibilité d'assurer la présence de cette personne, l'OPJ doit l'inviter à désigner un représentant de son choix. A défaut, l'OPJ choisit entre deux témoins. L'inobservation de cette garantie avait été initialement qualifiée de cause de nullité d'ordre public par la JP, mais, depuis un arrêt de la chambre criminelle du 17 septembre 1996, elle n'est plus qu'une cause de nullité d'ordre privé.

Prise de connaissance des documents réservée à l'OPJ

Par ailleurs, l'OPJ a seul le pouvoir de prendre connaissance de papiers ou de documents avant de décider de leur éventuelle saisie.

Mesures utiles pour le respect du secret professionnel prises par l'OPJ

Enfin, l'OPJ doit provoquer toute mesure utile pour que soit assuré le respect du secret professionnel et des droits de la défense. A cet égard, des dispositions particulières prises.

b) Les mécanismes particuliers de protection du secret professionnel

- ☐ les mécanismes particuliers de protection du cabinet ou du domicile d'un avocat

Par un magistrat et en présence du bâtonnier

La perquisition au cabinet ou au domicile d'un avocat doit être effectuée par un magistrat (procureur de la république quand enquête de police, juge d'instruction quand information judiciaire) et en présence du bâtonnier ou de son délégué. C'était là que s'arrêtait la protection du secret professionnel de l'avocat (et par ricochet des droits de la défense de son client) offerte par l'article 56-1 du CPP antérieurement à la loi du 15 juin 2000. Un conflit autour du pouvoir reconnu au bâtonnier ou à son délégué de prendre connaissance des papiers et documents avant leur saisie par le juge. La JP refusait ce pouvoir au bâtonnier ou à son représentant, ce qui rendait leur rôle bien mince.

La loi du 12 décembre 2005 améliore les garanties apportées à la perquisition faite au cabinet ou au domicile d'un avocat sur trois points essentiellement :

- premier point : le magistrat qui effectue la perquisition prend préalablement une décision écrite et motivée indiquant la nature de(s) infraction(s) sur laquelle (lesquelles) portent les investigations, les raisons la justifiant et l'objet de celle-ci. Cette décision est d'ailleurs portée à la connaissance du bâtonnier dès le début de la perquisition
- deuxième point : (qui rend d'ailleurs cette première garantie concrètement efficace) à peine de nullité, aucune saisie ne peut concerner des documents relatifs à d'autres infractions que celles mentionnées dans la décision du magistrat.
- Troisième point, en forme de clause de style : le magistrat qui effectue la perquisition veille à ce que les investigations ne portent pas atteinte au libre exercice de la profession d'avocat.

Droit d'opposition à saisie du bâtonnier

L'article 56-1 nouveau du CPP a tenté de régler ce conflit. Dorénavant, le magistrat et le bâtonnier ou son délégué ont « seuls le droit de prendre connaissance des documents découverts lors de la perquisition préalablement à leur éventuelle saisie ». le bâtonnier ou son délégué peuvent s'opposer à la saisie d'un document à laquelle le magistrat a l'intention de procéder s'il estime cette saisie irrégulière. Ainsi, la saisie de la correspondance entre l'avocat et son client n'est possible que si la pièce saisie est de nature à établir la preuve de la participation de l'avocat à l'infraction. Dans ce cas, le document est placé sous scellé fermé et la contestation du bâtonnier ou de son délégué fait l'objet d'un PV.

Règlement du conflit par le juge des libertés et de la détention

Ces pièces sont transmises au juge des libertés et de la détention qui, dans les 5 jours de leur réception, statue après débat contradictoire sur la contestation par ordonnance motivée non susceptible de recours. Le juge des libertés et de la détention peut estimer :

- soit qu'il n'y a pas lieu de saisir le document : il est immédiatement restitué à l'avocat ; le PV est détruit ; toute référence à ce document ou à son contenu qui figurerait dans le dossier de la procédure est effacée ;
- soit qu'il y a lieu de saisir le document : le document et le PV sont versés au dossier ; les parties conservent le droit de demander la nullité de la saisie dans les conditions du droit commun des requêtes en nullité.

Faiblesse du dispositif d'opposition et de son règlement

Cette réforme suffira-t-elle à protéger efficacement le secret professionnel de l'avocat et les droits de la défense de son client ? probablement pas : le juge d'instruction prend encore connaissance des papiers et documents de l'avocat et ceux-ci, qu'ils aient donné contestation ou non, auront renseigné le magistrat grâce à une information à laquelle il n'aurait pas dû avoir accès. Mais la confiance placée par le législateur dans les bâtonniers ne va pas jusqu'à

réserver à ces derniers le pouvoir de décider à la place du magistrat ce qui est insaisissable et ce qui ne l'est pas. Dans ces conditions, en convenait-il pas de faire pratiquer la perquisition au cabinet ou au domicile d'un avocat directement par un magistrat tiers au conflit : le juge des libertés et de la détention, en présence du bâtonnier ou de son délégué ?

□ les mécanismes particuliers de protection du cabinet d'un médecin ou d'une étude d'un notaire, d'un avoué ou d'un huissier

Par un magistrat et en présence du représentant de l'ordre concerné

□ les mécanismes particuliers de protection des locaux d'une entreprise de presse ou de communication audiovisuelle

Par un magistrat

Il doit veiller au libre exercice de la profession de journaliste et ne doit pas dresser d'obstacle injustifié à la diffusion de l'information.

4) La sanction de l'inobservation des garanties des perquisitions

Causes de nullité textuelles en enquête sur infraction flagrante.

L'article 59 alinéa 2 du CPP dispose que « les formalités mentionnées aux articles 56, 56-1, 57 et (du) présent article sont prescrites à peine de nullité ». les inobservations des garanties des perquisitions sont donc des causes de nullité textuelles, réserve faite de l'article 56-2 du CPP relatif aux perquisitions dans des locaux d'entreprises de presse, auquel l'article 59 alinéa 2 ne renvoie pas.

Causes de nullité substantielles en enquête préliminaire

En revanche, dans le cadre de l'enquête préliminaire, l'article 76 du CPP ne renvoyant qu'aux dispositions des articles 56 à 59 alinéa premier du CPP, les dispositions de l'article 59 alinéa 2 du CPP ne sont pas applicables. En enquête préliminaire, l'inobservation des formalités de la perquisition obéit donc au régime des nullités substantielle. En pratique, la différence de traitement n'est pas si grande : que la cause de nullité soit textuelle ou substantielle, le demandeur doit justifier d'un grief.

Causes de nullité plutôt d'ordre privé et donc soumises à grief

Ces causes de nullité sont-elles d'ordre public ou d'ordre privé, un argument pourrait être avancé au soutien de leur qualification en causes de nullité d'ordre public, ou plutôt même assimilées à l'ordre public, ces garanties concernant les droits de la défense et, le plus souvent, le secret professionnel. Pendant un temps, la JP a vraisemblablement analysé ces garanties comme des garanties d'ordre public. Ne prononçait-elle pas la nullité indépendamment de tout grief n cas d'absence injustifiée de la personne au domicile de laquelle la perquisition avait lieu ? sur ce point, la JP a connu un revirement. Il n'est pas imprudent d'en généraliser la portée à toutes les violations des formalités des visites domiciliaires, perquisitions et saisies.

§2. Les indices provenant des personnes

A) les trois obligations

Il existe trois sortes d'examen que les individus sont obligés de subir.

1^{er} obligation : dans l'enquête de flagrance tous suspect ou même témoin doit accepter une mesure de prélèvements externes. S'il y a refus il ne sera sanctionné qu'en ce qui concerne la personne soupçonnée.

2^{ème} obligation : lorsqu'une infraction punissable d'au moins 10 ans relève du fichier des emprunts génétiques, les personnes soupçonnées doivent subir un prélèvement biologique.

3^{ème} obligation : lorsqu'il y a des indices graves de commission d'une infraction sexuelle, la personne soupçonnée doit accepter un dépistage des maladies sexuellement transmissibles. Le refus est sanctionné.

A la demande de la victime le dépistage peut se faire de force, sur réquisition écrite du procureur de la république.

B) les écoutes téléphoniques

Avant la loi Perben II, les écoutes téléphoniques étaient interdites dans les enquêtes de police. Elle les a autorisées pour la criminalité en bande organisée.

Art 706-95 CPP « les écoutes téléphoniques peuvent avoir lieu dans toutes les enquêtes mettent en cause de la criminalité organisée et dans des enquêtes de flagrance. »

Art 706-73 CPP définit la bande organisée, elle définit une liste d'infraction

- Les meurtres et les actes de torture sur personne
- séquestration de personne
- Le proxénétisme et la traite des êtres humains
- Trafic de stupéfiant
- Les infractions sur les armes
- Les faits d'associations de malfaiteurs
- Le blanchissement d'argent
- Le vol en bande organisée
- L'infraction d'aide à l'entrée et aux séjours irréguliers.

Les écoutes doivent être autorisées par le procureur, et par la suite du JLD, pour 15 jours renouvelable une fois.

C) Les témoignages et les auditions

1) *le particularisme du témoignage anonyme*

Dans un intérêt de protection du témoin son identité peut ne pas apparaître dans les PV et les dossiers= Loi du 15/11/2001.

Cet anonymat est susceptible d'entrer directement en contradiction avec les droits de la défense, c'est pourquoi, il est exceptionnel qu'un témoignage puisse être anonyme.

2 conditions :

- L'enquête doit porter sur un délit dont la peine encourue soit au moins égale à 3 ans.
- Le témoignage anonyme n'est possible que lorsque l'audition d'une personne contre laquelle il n'existe pas d'indices de mettre gravement en danger sa vie ou son intégrité physique ou celles de ses proches.

Il faut une double appréciation : requête du procureur et autorisation du JLD.

Si à la suite de l'enquête il y a ouverture d'une procédure judiciaire, la loi prévoit des dispositions protectrices des droits de la défense.

Le mis en examen pourra contester le témoignage anonyme si la connaissance de l'identité de la personne est indispensable à l'exercice du droit de la défense.

Le mis en examen peut demander une confrontation avec le témoin anonyme, à distance, avec voix transformée.

Aucune condamnation ne peut être prononcée sur le seul fondement de témoignages anonymes.

2) les mesures de coercition nécessaires aux auditions

Suspect ou simple témoin

Aux termes de l'article 62 du Code de procédure pénale en enquête sur infraction flagrante et 78 du CPP en enquête préliminaire, l'officier de police judiciaire peut convoquer toute personne (suspect ou simple témoin) susceptible de fournir des renseignements sur les faits ou les objets et documents saisis. Toutefois, la personne à l'encontre de laquelle il n'existe aucune raison plausible de soupçonner qu'elle a commis ou tenté de commettre une infraction ne peut être retenue que le temps strictement nécessaire à son audition. A cet égard, la circulaire de décembre 2000 préconise, lors de la retenue du témoin, de ne pas excéder quatre heures, « par comparaison avec la durée prévue pour les vérifications d'identité par l'article 787-3 du CPP ».

Régime distinct de celui de la garde à vue

Le témoin auditionné ne bénéficie pas des garanties de la garde à vue. L'audition ne peut être indifféremment faire par l'OPJ ou un APJ.

Obligation de comparution

La personne convoquée a l'obligation de comparaître, non de déposer. La chose est logique. Cet individu pouvant être le suspect, on ne peut pas contraindre une personne à déposer contre elle même et ainsi la faire collaborer à sa propre incrimination. De plus, la personne convoquée ne prêtant pas le serment de dire la vérité, son mensonge éventuel ne serait pas constitutif d'un faux témoignage. Enfin, l'article 105 du CPP, qui interdit d'entendre comme témoin (donc sous serment) une personne contre laquelle il existe des indices graves et concordants de culpabilité, ne s'applique pas à l'enquête mais seulement à l'instruction. Si la personne ne défère pas à la convocation de l'OPJ, ce dernier peut dorénavant l'y contraindre par la force publique sur autorisation préalable du procureur de la république. Avant la loi du 9 mars 2004, l'OPJ ne pouvait pas l'y contraindre. Seul le procureur de la république, avisé du défaut de comparution de la personne par l'OPJ, pouvait lui imposer de comparaître par l'usage de la force publique.

Procès verbal d'audition

Un PV d'audition est dressé. Notons à cet égard que, sur autorisation du procureur de la république, les agents concourant à l'enquête peuvent déclarer comme domicile l'adresse du commissariat de police ou de la brigade de gendarmerie ou celle du siège du service dont ils dépendent. Ils peuvent ainsi être protégés contre des représailles éventuelles.

D) La garde à vue du suspect

1) la garde à vue du majeur

Garde à vue, mesure de contrainte

L'article 63 alinéa premier du CPP ne définit pas véritablement la garde à vue. Elle est le fait, pour un OPJ, de garder une personne à sa disposition. En ce sens, la garde à vue est avant tout une mesure de contrainte. Dès lors qu'il y a – ou qu'il y a eu - contrainte, il y a – ou aurait dû

y avoir – garde à vue. Inversement, si la contrainte n'est pas nécessaire, le placement en garde à vue ne s'impose pas.

Garde à vue, « garde à l'ouïe »

La garde à vue consiste t-elle seulement dans le fait de priver un suspect de sa liberté ou suppose t-elle que cette rétention soit exercée dans le but de réaliser des actes d'enquête particuliers ? C'est cette seconde acceptation de la notion de garde à vue que la JP a consacrée. Dans un arrêt du 11 juillet 1994, la Cour de cassation a estimé que « la garde à vue a pour objet l'audition de la personne retenue à la disposition de l'OPJ » et que tel n'était pas le cas de la surveillance d'une personne pendant son hospitalisation avec contrôle des visites. La garde à vue est aussi une « garde à l'ouïe ». Reste que l'OPJ ne peut transcrire contre le gré du gardé à vue des propos qui lui sont tenus officieusement.

Source

La garde à vue est régie par les articles 63 à 66 du CPP dans le cadre de l'enquête sur infraction flagrante et par l'article 77 dans le cadre de l'enquête préliminaire.

□ Les conditions du placement en garde à vue

Officier de police judiciaire, autorité de placement en garde à vue

Seul un OPJ peut décider du placement en garde à vue d'une personne, à l'exclusion des APJ et APJ adjoints. Il doit toutefois en informer le procureur de la république « dès le début » de la mesure (antérieurement à la loi du 15 juin 2000, cette injonction n'était requise que « dans les meilleurs délais »). Cette information est bien sur faite un juge d'instruction saisi dans le cadre d'une information judiciaire.

Suspect, seule personne aujourd'hui susceptible d'être placée en garde à vue

Avant la loi du 15 juin 2000, l'article 63 du CPP disposait que pouvaient être placées en garde à vue :

- d'une part, les personnes visées à l'article 61, c'est à dire les personnes à qui l'officier de PJ avait défendu de s'éloigner du lieu de l'infraction jusqu'à la clôture des opérations de premières constatation
- d'autre part les personnes visées à l'article 62, c'est à dire celles susceptibles de fournir des renseignements sur els faits ou els objets et documents saisis.

Les OPJ pouvaient donc indifféremment placer en garde à vue un suspect ou un témoin, ce qui était discuté au regard de la CEDH.

La loi du 15 juin 2000 réserve la qualité de gardé à vue à la « personne à l'encontre de laquelle il existe des indices faisant présumer qu'elle a commis ou tenté de commettre une infraction », c'est à dire un suspect.

La portée pratique de cette disposition a toutefois été nuancée. Dans la circulaire d'application de décembre 2000, on a notamment pu lire que « la loi n'[exigeait] pas que les indices relevés contre une personne présentent une certaine gravité pour permettre son placement en garde à vue, qui reste possible, quelle que soit l'importance ou la nature des indices en cause, dès lors que les nécessités de l'enquête ou de l'instruction le justifient. Il peut ainsi s'agir d'indices matériels, mais également de la mise en cause d'un tiers (victime ou témoin), des déclarations de l'intéressé que contrediraient les constatations des enquêteurs, du comportement anormal de la personne sur le lieu des faits ».

La loi du 4 mars 2002 ne va pas jusqu'à autoriser le placement en garde à vue du simple témoin. Elle se contente de définir le suspect d'une façon plus large qu'en 2000, comme la

personne contre laquelle il existe une ou plusieurs « raisons plausibles de soupçonner » qu'elle a commis ou tenté de commettre une infraction. La législateur a donc repris les termes de l'article 5 §1 c de la CEDH.

Garde à vue du simple témoin et CEDH

La possibilité de placer un témoin en garde à vue a été critiqué sur le fondement de la CEDH. Ce texte ne connaît pas la notion formelle de « garde à vue ». Au regard de la convention, la garde à vue est en effet une forme particulière de « privation de liberté ». Dans son article 5§1, la convention énumère les cas dans lesquels une personne peut être privée de sa liberté. La question est donc de savoir si la garde à vue du témoin entre dans cette énumération.

L'article 5§1 de la convention prévoit qu'une personne peut être privée de sa liberté lorsqu'il y a des « raisons plausibles de soupçonner [qu'elle] a commis une infraction ou qu'il y a des motifs raisonnables de croire à la nécessité de l'empêcher de commettre une infraction ou de s'enfuir après l'accomplissement de celle-ci ». Il est vrai que cette disposition ne vise que le suspect et ne concerne pas le témoin. La faculté de procéder à une garde à vue du témoin ne saurait donc être fondée sur l'article 5§1.

Mais l'article 5§1 n'englobe pas à lui seul toutes les formes de privations de liberté. L'article 5§1 justifie la privation de liberté d'une personne « en vue de garantir l'exécution d'une obligation prescrite par la loi ». La formule est large ; ne peut-elle pas comprendre l'obligation de comparution de l'article 62 du CPP ou, mieux encore, celle plus générale et plus impérieuse d'apporter son « concours à la justice en vue de la manifestation de la vérité » ? la privation de liberté, ou garde à vue, peut efficacement y contraindre le témoin. Ce qui était le plus choquant dans la situation du témoin lors des enquêtes de police n'était pas tant qu'il pouvait être l'objet d'une privation de liberté nécessaire à son audition mais plutôt que, selon qu'il était témoin dans le cadre d'une enquête sur infraction flagrante ou témoin dans le cadre d'une enquête préliminaire, il avait respectivement le statut de « gardé à vue » ou de « retenu ». La personne simplement « retenue » ne bénéficie pas des garanties qu'offre la garde à vue.

□ la durée de la garde à vue

Durée initiale de garde à vue de 24 h au plus

En principe, la garde à vue ne peut pas durer plus de 24h. (art 63 al 1)

Il convient de souligner que la cour de cassation refuse de contrôler la durée de la garde à vue n'excédant pas 24h, même si la mesure n'est pas mise à profit pour réaliser des actes.

Pourtant, l'article 63 du CPP ne se contente pas de prévoir que « la personne gardée à vue ne peut être retenue plus de 24h, il postule avant tout que l'OPJ ne peut placer un suspect en garde à vue que « pour les nécessités » de l'enquête. Une garde à vue inutilisée est-elle nécessaire ?

Ce délai initial peut être entendu par une prolongation de droit commun, voire par une prolongation supplémentaire pour les infractions qui relèvent de régimes dérogatoires.

Prolongation de droit commun de 24h au plus

La prolongation de droit commun est de 24h au plus. Dans l'enquête sur infraction flagrante, elle est autorisée par écrit par le procureur de la république qui peut subordonner son autorisation à la présentation préalable du gardé à vue. Dorénavant, cette présentation peut être réalisée par l'utilisation de moyens de télécommunication audiovisuelle. Dans l'enquête préliminaire en revanche, la prolongation de la garde à vue est en principe subordonnée à la présentation préalable de la personne au procureur de la république. Dorénavant, cette présentation peut aussi être réalisée par l'utilisation de moyens de télécommunication

audiovisuelle. Exceptionnellement, le procureur de la république peut dispenser l'officier de police judiciaire de toute présentation, par décision écrite et motivée.

Dans le régime de droit commun, la garde à vue ne peut donc pas durer plus de 48h, soit le délai initial de 24h et sa prolongation de 24h.

Sur la compatibilité de l'intervention du procureur de la république avec l'article 5§3 de la CEDH

L'article 5§1 de la CEDH prévoit que le suspect peut être arrêté « en vue d'être conduit devant l'autorité judiciaire compétente ». L'article 5§3 développe cette disposition : « toute personne arrêtée dans les conditions du §1 doit être aussitôt traduite devant un juge ou devant un magistrat habilité par la loi à exercer des fonctions judiciaires ». En somme la question est de savoir si le gardé à vue, le cas échéant présenté devant le procureur de la république 24h après le début de sa garde à vue, a bénéficié du droit d'être « traduit aussitôt devant un juge ou un autre magistrat ».

La chambre criminelle de la cour de cassation considère que le procureur de la république peut être qualifié de « magistrat habilité par la loi à exercer ces fonctions judiciaires » au sens de l'article 5§3 (10 mars 1992). Le procureur de la république n'est-il pas un représentant de l'autorité judiciaire, gardienne de la liberté individuelle au sens de l'article 66 de la constitution ? ce n'est vraisemblablement pas la solution qu'adopterait la CEDH. Dans l'arrêt Huber contre Suisse, du 23 octobre 1990, la cour a jugé que le magistrat visé à l'article 5§3 doit être « indépendant à l'égard de l'exécutif ». ce n'est pas le cas du procureur de la république.

Les conditions d'intervention du procureur de la république sont-elles pour autant incompatibles avec l'article 5§3 ? Le procureur intervenant 24h après le début de la garde à vue peut-il être réputé intervenir « aussitôt » ? dans l'arrêt Brogan contre Royaume-Uni du 29 novembre 1988, la CEDH a estimé que, dans les affaires de droit commun, « aussitôt » pouvait être entendu d'un délai maximum de 4 jours.

En définitive, si les conditions d'intervention du procureur de la république dans la prolongation de la garde à vue ne sont pas incompatibles avec l'article 5§3 de la CEDH, ce n'est pas en raison de sa qualité de magistrat mais parce que dans le délai de 4 jours à compter du début de sa garde à vue, la personne aura soit été libérée, soit présentée à un juge d'instruction, soit déférée au tribunal correctionnel selon la procédure de comparution immédiate. A n'en pas douter, le juge d'instruction ou le juge correctionnel sont des « magistrats habilités par la loi à exercer des fonctions judiciaires » au sens de l'article 5§3.

Point de départ de la durée de garde à vue

Idéalement le point de départ de la durée de la garde à vue correspond au moment du « placement » en garde à vue et, concomitamment, à la notification des droits. Mais il est des cas dans lesquels ce point de départ doit remonter à un événement antérieur à la décision de placement.

Ce sont d'abord les hypothèses dans lesquelles, antérieurement à la mesure de garde à vue qu'il est entrain de subir, le gradé à vue a déjà fait l'objet d'une forme de rétention policière.

A cet égard, trois formes de rétentions peuvent être envisagées :

- la durée de rétention dans le cadre d'une vérification d'identité s'impute sur celle de la garde à vue
- la durée de la rétention douanière s'impute sur celle de la garde à vue
- dans le cadre d'une enquête sur un même fait, les temps cumulés de gardes à vue successives ne peuvent durer plus de 48h

Dans d'autres hypothèses, la notification des droits, sans être tardive, n'est pas concomitante à la privation de liberté. Le délai de garde à vue n'en est pas moins calculé à compter tantôt de

l'arrivée de la personne dans les services de police, tantôt de l'arrestation de la personne sur la voir publique.

□ Les garanties de la garde à vue

- garanties de fond

Garanties à double détention.

Au delà du droit de ne pas être brutalisé en cours d'interrogatoire, les garanties de fond de la garde à vue fonctionnent à double détente. Le gardé à vue est d'abord informé de ses droits. Certains d'entre eux peuvent ensuite être exercés en cours de garde à vue.

Information du gardé à vue sur ses droits

Les conditions de l'information du gardé à vue sur ses droits sont détaillées à l'article 63-1 du CPP. Un OPJ (ou un APJ sous le contrôle d'un OPJ) doit informer le gardé à vue sur ses droits et lui faire part notamment :

- des garanties qu'il tient des articles 63-2 à 63-4 du CPP (faire prévenir un proche, bénéficier d'un examen médical et s'entretenir avec un avocat)
- de la nature de l'infraction sur laquelle porte l'enquête (doit être informée des charges retenues contre elle)
- des dispositions relatives à la durée de la garde à vue

La loi du 4 mars 2002 a supprimé une information du gardé à vue, celle portant sur les dispositions de l'article 77-2 du CPP relatives à la durée de l'enquête. En la forme, cette information était prématurée en début de garde à vue... au fond, ces dispositions sont complexes. Sans remettre en cause l'information du gardé à vue sur ces dispositions, le législateur a choisi de la différer en fin de garde à vue et judicieusement seulement dans l'hypothèse où la personne est remise en liberté sans qu'aucune décision ait été prise par le procureur de la république sur l'action publique.

(se rappeler de la notion du droit de se taire > de la loi du 15 juin 2000 « présomption d'innocence à la loi de 2003, « sécurité intérieure)

L'article 63-1 du CPP précise que cette information doit avoir lieu « immédiatement », c'est à dire concomitamment au placement en garde à vue. Cette condition de célérité de l'information doit être nuancée. Certes, la JP sanctionne les notifications tardives faites sans justification. Ces justifications doivent être des « circonstances insurmontables ».

La loi du 4 mars 2002 est venue préciser que les diligences résultant pour les enquêteurs de la communication à un gardé à vue de son droit de faire prévenir un proche ou d'être examiné par un médecin doivent, sauf circonstance insurmontable, intervenir au plus tard dans un délai de trois heures à compter du placement en garde à vue. Mais il est des cas où, même dans la plus stricte application du droit, l'information du gardé à vue sur ses droits est différée par rapport au début de sa privation de liberté. Cette situation se rencontre dans deux circonstances :

- la première est celle où la personne est interpellée sur la voie publique. La notification de ses droits étant très formelle (PV, émargement), l'information ne peut pas y être matériellement réalisée. La chambre criminelle admet que l'information sur les droits faite dès l'arrivée de l'intéressé dans les locaux de police ou de gendarmerie n'enfreint pas les dispositions de l'article 63-1 du CPP

- la seconde est l'hypothèse dans laquelle, sur la durée de la garde à vue proprement dite, vient s'imputer une durée de privation de liberté antérieure, vérification d'identité (4h) ou retenue douanière (24h). il faut bien admettre que, dans ce genre de situations, le gardé à vue n'aura pas été informé de ses droits alors que sa garde à vue était commencée depuis 4 ou 24h.

L'information doit être donnée dans une langue que le gardé à vue comprend.

Ces dispositions de l'article 63-1 du CPP relatives aux conditions de l'information du gardé à vue sur ses droits sont à rapprocher des dispositions de l'article 5§2 de la CEDH. Cet article prévoit que « toute personne arrêtée doit être informée, dans le plus court délai et dans une langue qu'elle comprend, des raisons de son arrestation et de toute accusation portée contre elle ».

Exercice de ses droits par le gardé à vue

L'exercice de ses droits par le gardé à vue ne suspend pas les opérations d'enquête. A titre d'exemple, un interrogatoire peut être mené alors que le médecin ou l'avocat sont attendus ou une perquisition peut être effectuée en cours de garde à vue.

Droit de faire prévenir un proche

L'exercice de ce droit est strictement encadré par l'article 63-2 du CPP. L'information d'un proche du gardé à vue n'est pas automatique mais doit être demandée par le gardé à vue lui-même. Ce n'est pas le gardé à vue qui prévient le proche mais l'OPJ qui, le plus souvent, le contactera téléphoniquement. L' OPJ doit agir dans un délai de trois heures. Par « proche », on entend soit une personne avec laquelle le gardé à vue vit habituellement, soit un parent en ligne directe, soit un frère ou une sœur, soit son employeur.

On devine aisément que ce droit d'information répond à une nécessité pratique : l'entourage du gardé à vue peut s'inquiéter de son absence. On devine tout aussi aisément que ce droit d'information ne saurait être absolu. Le proche du gardé à vue pourrait en effet faire échouer les investigations à venir. L' OPJ ne peut certes pas refuser proprio motu (c'est à dire de son propre chef) au gardé à vue l'exercice de ce droit. Mais, en cas de « nécessité » - doute sur la qualité de « proche » ou sur sa probité-, il peut obtenir du procureur de la république l'autorisation de ne pas prévenir le proche ou de différer son information.

Droit de demander un examen médical

L'article 63-3 du CPP fixe les règles de droit commun de la demande d'examen médical. Le gardé à vue a le droit de solliciter un examen médical toutes les 24h de garde à vue.

L'exercice ou non de ce droit est indépendant de la faculté que l'officier de police judiciaire et le procureur de la république ont, à tout moment, de provoquer un examen médical. Un membre de la famille du gardé à vue peut également demander ce genre de diagnostic au cas où ni le gardé à vue ni l'officier de police judiciaire ou le procureur de la république ne l'auraient demandé. Dans tous els cas, le médecin est choisi par l'OPJ ou le procureur de la république et établit un certificat médical dont le contenu est libre mais ui doit apprécier l'aptitude du gardé à vue à pouvoir poursuivre la mesure prise à son égard. En droit, le certificat ne lie ni l'OPJ, ni le procureur de la république. L'attente du médecin ne suspend pas davantage l'interrogatoire du gardé à vue.

Un régime dérogatoire à ce droit commun est instauré pour la garde à vue d'une personne suspectée de trafic de stupéfiants. Son examen médical est systématique dès le début de la garde à vue et toutes les 24h. le gardé à vue est également informé de son droit de demander un examen médical toutes les 24h dès le début de sa garde à vue. Le médecin doit délivrer un certificat médical motivé.

Droit de s'entretenir avec un avocat

Ce droit est fixé à l'article 63-4 du CPP.

Depuis la loi du 9 mars 2004, le gardé à vue a le droit de demander à s'entretenir avec un avocat dès le début de la garde à vue et, si la garde à vue fait l'objet d'une prolongation, dès le début de cette prolongation. Sous l'empire de la loi du 15 juin 2000, le gardé à vue avait la faculté de demander à s'entretenir avec un avocat que quand 20h « s'étaient écoulées depuis le début de la garde à vue ».

Lorsque la garde à vue est prolongée dans les conditions de droit commun pour une nouvelle durée de 24h, le gardé à vue peut donc demander à s'entretenir avec un avocat dès le début de cette prolongation (contre une demande à l'issue de la douzième heure qui suivait cette prolongation sous l'empire de la loi du 15 juin 2000).

La délai à partir duquel le gardé à vue peut bénéficier d'un entretien avec un avocat est porté à 48h en cas d'association de malfaiteurs, de proxénétisme, d'extorsion de fonds ou de certaines infractions commises en bande organisée. Il est de 72h en matière de trafic de stupéfiants et de terrorisme.

L'avocat est désigné par le gardé à vue ou, à défaut, s'il ne connaît pas d'avocat ou si celui qu'il a désigné est injoignable, sera commis d'office par le bâtonnier.

La circulaire d'application du 4 décembre 2000 insiste sur le fait que els enquêteurs ne sont tenus que d'une obligation de moyens, et non de résultat, dans la mise en œuvre de ce droit à l'entretien avec un avocat. Il est vrai qu'il est largement lié à la disponibilité des avocats.

Les conditions d'intervention de l'avocat sont très strictes et, à cet égard, critiquables. L'OPJ ne l'informe que de la nature et de la date présumée de l'infraction reprochée à son client. Il n'a donc pas accès au dossier. Il ne peut s'entretenir avec le gardé à vue que 30 minutes, dans des conditions matérielles garantissant confidentialité.

- les garanties de forme

Caractère écrit de la procédure pénale et PV

La procédure pénale est écrite ; les nombreux PV qui sont dressés à l'occasion d'une garde à vue en témoignent. Deux exemples suffiront à l'illustrer.

A propos de l'information du gardé à vue sur ses droits, l'article 63-1 alinéa 2 du CPP prévoit qu'elle fait l'objet d'une mention sur le PV, que cet avis doit être émargé par le gardé à vue et que si celui-ci refuse d'émarger, mention en est faite.

Concernant le déroulement de la garde à vue en général, l'article 65 du CPP impose la mention au PV, avec émargement du gardé à vue, des dates et heures de début et fin de la garde à vue, ainsi que la durée des interrogatoires et des temps de repos qui les séparent. Un double de ces mentions figure par ailleurs sur un registre spécial, voire sur un carnet de déclarations. Ces documents ne doivent pas être effectués par le procureur de la république dans les locaux de garde à vue de son ressort (visite qui a lieu chaque fois qu'il l'estime nécessaire et au moins une fois par an).

Une garantie de forme supplémentaire va prochainement voir le jour : l'enregistrement audiovisuel des interrogatoires. Aujourd'hui réservé aux mineurs, il a vocation à s'étendre aux majeurs.

- la nullité des PV de garde à vue

Jusqu'à la loi du 4 janvier 1993 : causes de nullité substantielles et grief sévèrement apprécié.

Avec la loi du 4 janvier 1993 jamais appliquée : causes de nullité textuelles et « guillotines »

Loi du 24 août 1993 : retour à des causes de nullité substantielles, mais grief largement apprécié

2) *La garde à vue du mineur*

Articulation de l'ordonnance du 2 février 1945 relative à l'enfance délinquante et du droit commun du CPP

Il a fallu attendre la loi du 1^{er} février 1994 pour que la garde à vue du mineur fasse l'objet de dispositions spécifiques. Elles figurent à l'article 4 de l'ordonnance. Ces dispositions sont d'un maniement délicat : le cas échéant, elle doivent en effet être articulées avec les dispositions des articles 63-1 et suivants du CPP.

a) les conditions et la durée de la garde à vue des mineurs

Mineur de treize ans

Le mineur de 13 ans, c'est à dire le mineur de moins de 13 ans, ne peut pas être placé en « garde à vue ». A titre exceptionnel, il peut être « retenu à la disposition d'un OPJ » aux conditions suivantes :

- cette « rétention » ne peut concerner que le mineur de 10 à 13 ans
- des indices graves ou concordants sur la commission d'un crime ou d'un délit puni d'au moins 5 ans d'emprisonnement doivent peser contre lui (avant els lois étaient plus sévères)
- L'OPJ ne peut placer un mineur en rétention qu'avec l'accord préalable et sous le contrôle d'un magistrat spécialisé dans la protection de l'enfance
- Enfin, la durée de la rétention est déterminée par le magistrat et ne peut pas excéder 12h. Une prolongation de ce délai est possible, sur décision motivée du magistrat, pour une nouvelle durée de 12h maximum et, sauf impossibilité, après une présentation préalable du mineur au magistrat.

Mineur de plus de treize ans

Il peut, lui, être placé en garde à vue. Le régime de droit commun de la garde à vue lui est applicable, sous certaines réserves relatives à la durée de la mesure :

- en cas de délit puni de moins de 5 ans d'emprisonnement, la garde à vue du mineur de 13 à 16 ans ne peut pas être prolongée
- en cas de commission d'actes de terrorisme, la garde à vue du mineur de 13 à 18 ans ne peut pas faire l'objet d'une prolongation supplémentaire de 48h

Lorsque la prolongation de la garde à vue est possible, elle suppose la présentation préalable du mineur au procureur de la république.

b) les garanties de la garde à vue

information d'un proche

examen médical

Entretien avec un avocat

Enregistrement audiovisuel des interrogatoires